

FEB
26 2001

Réseau de bibliothèques
Université d'Ottawa

Échéance

Library Network
University of Ottawa

Date Due

FEB 26 2001

MAR 01 2001

MAR 02 2001


MAR 13 2001

APR 10 2001

les confins du droit pénal



**leur détermination
à partir de l'obscénité**



Digitized by the Internet Archive
in 2012 with funding from
University of Ottawa

Commission de réforme
du droit du Canada

Document de travail 10

**les confins
du droit pénal**

**leur détermination
à partir de l'obscénité**

© Ministre des Approvisionnements et Services Canada 1979

Disponible gratuitement par la poste:

Commission de réforme du
droit du Canada
130, rue Albert, 7^e étage
Ottawa, Ontario K1A 0L6

N° de catalogue J32 - 1/10 - 1975

Réimprimé 1979

Avis

Ce *document de travail* présente l'opinion de la Commission à l'heure actuelle. L'opinion finale de cette dernière sera exprimée dans le rapport qu'elle présentera au Ministre de la Justice et au Parlement, après avoir pris connaissance des commentaires faits dans l'intervalle par le public.

Par conséquent, la Commission serait heureuse de recevoir tout commentaire d'ici trois mois à l'adresse suivante :

Secrétaire
Commission de réforme du droit du Canada
130, rue Albert
Ottawa, Ontario
K1A 0L6

La Commission

L'honorable E. Patrick Hartt, président

L'honorable Antonio Lamer, vice-président

D^r J. W. Mohr, commissaire à plein temps

D^r Gérard V. La Forest, c.r., commissaire à plein temps

Claire Barrette-Joncas, c.r., commissaire à temps partiel

Secrétaire

Jean Côté, B.A., B.Phil., LL.B.

Conseiller

Patrick Fitzgerald, M.A.

Attachés de recherche

Tanner Elton, B.A., LL.B., LL.M.

Mark Krasnick, B.A., LL.B.

Alan Reid, B.A., B.C.L., LL.M.

Louis Waller, LL.B., B.C.L.

Table des matières

	PAGE
Avant-propos	1
1. La rançon du droit pénal	3
2. La notion d'obscénité	7
3. L'inconvenance et la déformation de la réalité	11
4. Le marché et les facteurs accessoires	13
✓ 5. L'obscénité et l'immoralité	15
6. Le danger à craindre	19
7. Les valeurs menacées	25
a) La paix	26
b) La liberté de l'individu	26
(i) L'étalage public de l'obscénité	27
(ii) Les enfants	30
c) La dignité humaine	31
(i) Les valeurs ont-elles évolué?	32
(ii) L'évolution mène-t-elle à une dégradation?	33
(iii) A quoi attribuer cette évolution?	36
8. Les objectifs du droit pénal	39
a) Le châtement	39
b) L'application de la morale	40
c) La protection contre le préjudice	41
d) L'affirmation des valeurs	43
9. Les confins du droit pénal	47
10. Le véritable rôle du droit pénal	57

Avant-propos

Cet ouvrage est notre deuxième document de travail sur les principes généraux du droit pénal. Dans le premier, *La notion de blâme*, nous nous interrogeons sur la nature de la prédisposition mentale susceptible d'engager la responsabilité pénale de l'auteur d'un délit. Cette fois, nous cherchons à cerner la véritable portée du droit pénal.

Pour ce faire, notre étude se penche sur un problème spécifique: celui de l'obscénité*. C'est à la lumière de l'examen de problèmes particuliers que nous pouvons le mieux, croyons-nous, saisir la portée de questions plus générales.

En ce sens, l'obscénité s'est révélée un cas type fort intéressant. En premier lieu, les réactions exprimées par la population à l'occasion de notre sondage sur le contenu éventuel de notre programme de recherches ont démontré que le public s'intéresse à cette question. Aussi, les lois relatives à l'obscénité ont fait l'objet de nombreuses critiques. Enfin, l'obscénité soulève plusieurs questions qui ne manquent pas d'être intéressantes. Mais comment simplifier la loi? Comment en arriver à définir du mieux possible l'obscénité? Comment concilier le besoin de normes uniformes en ce domaine avec les situations qui varient selon le moment et le milieu? Comment instaurer la certitude et l'objectivité dans un domaine où règnent l'imprécision et la subjectivité? Comment

* Nous avons publié, en 1972, un document préliminaire sur l'obscénité et nous préparons actuellement d'autres études en ce domaine.

réglementer et la distribution et la consommation de matières obscènes? Enfin, jusqu'à quel point le droit pénal doit-il intervenir en ce domaine?

Ces interrogations orientent l'examen de la question vers une recherche plus poussée. Aussi, notre étude de l'obscénité a-t-elle comme objectif réel de faire la lumière sur les motifs qui ont pu justifier la sujétion de l'obscénité aux lois pénales. Quel est d'ailleurs le champ d'application raisonnable du droit pénal? Que peut-il prescrire? Que doit-il proscrire? Le problème spécifique de l'obscénité nous permet donc de mieux saisir la portée d'un problème à la fois plus vaste et plus fondamental: *celui de fixer les confins du droit pénal*. Cette dernière démarche nous a semblé essentielle à la réalisation de toute recherche valable en quelque domaine particulier que ce soit. Elle revêt, à nos yeux, une importance capitale.

La Commission, dans son document de travail, a donc voulu esquisser la configuration du droit pénal. Se souciant peu des détails d'ordre juridique, le document pénètre plutôt au cœur même du problème-clé. Au lieu de répertorier de simples données juridiques, il soulève plutôt des questions épineuses sur les plans moral et social. Il n'offre donc pas un produit fini, mais présente plutôt un cheminement continu. C'est le cheminement de la découverte du droit pénal, de sa portée, ses limites, ses objectifs, sa raison d'être et de sa valeur aux yeux de la société; bref, il nous mène à la découverte de nous-mêmes.

La rançon du droit pénal

On n'a rien pour rien, et très peu pour un sou, dit le proverbe. Les meilleures choses dans la vie peuvent fort bien être gratuites, mais tout le reste doit se payer. En ce bas monde, chaque chose a son prix, et le droit n'y fait pas exception.

Donc, comme toute chose, le droit a son prix, et particulièrement le droit pénal. Et ceci, nous semblons l'oublier lorsque survient un nouveau problème social auquel nous réagissons en disant: «il faut légiférer au plus vite». Comme si le fait de proscrire par une loi un comportement marginal était toujours la solution idéale.

En pratique cependant, le droit pénal est-il la solution miracle à tous les maux? Il semblerait bien que non. Par exemple, il y a trois cents ans, des Hollandais ont introduit en Amérique du Nord un jeu qui fit sensation, les «quilles». Après bien peu de temps, tous s'adonnaient à ce jeu – dans les bars, les tavernes, enfin partout où les gens allaient se divertir. Tel un feu de forêt, le jeu se propagea par tout le continent. Toutefois, les pouvoirs publics décidèrent d'éteindre ce brasier parce qu'il dégénérerait en un jeu de paris. A leur avis il fallait donc l'interdire, en faire un crime. Et de fait, le Connecticut et l'État de New York ont sévi législativement.

Mais à quel prix! Trois différents groupes de citoyens en subirent les conséquences. D'une part, les joueurs furent accusés, déclarés coupables et condamnés à l'amende ou emprisonnés: ils

encoururent peines et souffrances. D'autre part, un deuxième groupe, plus imposant celui-là, composé tant de joueurs que de personnes qui auraient aimé jouer aux quilles, fut contraint de se résigner à la loi. Il s'agissait, pour ces individus, d'un accroc à leur liberté. Et enfin, il y avait un groupe encore plus important, la société tout entière, qui fit les frais de l'application de la loi: plus la police consacrait de temps à dénicher ceux qui pratiquaient le jeu des neuf quilles, moins elle en employait à enrayer le meurtre, le vol et les autres crimes graves – à moins, évidemment, que la société n'ait accepté de payer plus d'impôts pour qu'on embauche des policiers additionnels.

Il y avait aussi un autre coût, invisible celui-là, le genre de coût qu'a eu à supporter, il y a deux mille ans, le roi Xerxès de Perse, lors de son invasion de la Grèce. Xerxès ayant fait construire un pont sur l'Hellespont, une tempête s'éleva et le pont fut emporté. Alors, le Grand Roi en colère fit flageller les eaux de trois cents coups de fouet pour leur perfidie. Nul doute que le Roi se sentit soulagé, mais son geste ne pouvait en rien contribuer à résoudre le problème.

La loi proscrivant le jeu des neuf quilles n'avait pas plus de pertinence. Elle n'a jamais résolu le véritable problème car les gens étaient déterminés à continuer de s'adonner à ce jeu; il s'agissait uniquement de trouver le moyen de le faire. Ils ont rapidement découvert une façon de contourner la loi. Puisque cette dernière n'interdisait que le jeu des *neuf* quilles, ils ont introduit une quille supplémentaire, lui faisant ainsi réintégrer les limites de la légalité. On a donc recommencé à le pratiquer et depuis lors, en Amérique du Nord, on n'a jamais cessé de le faire. Aujourd'hui, c'est le jeu de quilles, à *dix* quilles. Le jeu a survécu alors que la loi qui l'interdisait a disparu.

«Le crime semble toujours impossible rétrospectivement», disait Stephen Leacock. Il se plaçait du point de vue du délinquant, mais son affirmation s'applique également à la société. Avec le recul du temps, il paraît ridicule d'avoir fait un crime du jeu de neuf quilles. Mais que diront les générations futures de certains des crimes actuels ou récents comme la tentative de suicide (sa

disparition du code criminel est toute récente), les infractions relatives aux stupéfiants, l'avortement ou encore l'obscénité?

L'obscénité est un cas type fort intéressant. Elle constitue dans une certaine mesure un crime sans victime apparente. De l'avis de plusieurs, elle ne devrait pas faire l'objet d'une incrimination. Par conséquent elle permet de cerner la question la plus fondamentale relative au droit pénal: étant donné la rançon que celui-ci comporte, qu'est-ce qui doit ou ne doit pas tomber sous son empire?

Pour répondre à cette question, nous suggérons le cheminement suivant. Après un examen du concept d'obscénité, nous chercherons à savoir en quoi celle-ci est condamnable et en quoi elle ressort au droit pénal. Cette démarche nous entraînera vers une discussion d'ordre général de sujets comme l'immoralité, le mal, les valeurs ainsi que les objectifs et la finalité du droit pénal. De là nous serons amenés à formuler les critères d'une politique criminelle servant de guide au choix des comportements à prohiber par le biais du droit pénal. Ce seront ces critères que nous utiliserons pour préciser les objectifs qu'à notre avis, le droit pénal devrait poursuivre en matière d'obscénité.

La notion d'obscénité

Qu'est-ce que l'obscénité? C'est certes un sujet dont il est très difficile de parler objectivement. D'une part il y a une question de bonne foi. [TRADUCTION] «Il est difficile de discuter honnêtement de l'obscénité», disait George Orwell, «les gens ont trop peur de paraître scandalisés, ou encore de ne pas paraître scandalisés». D'autre part, on ne s'entend guère sur la définition de l'obscénité.

Enfin, qu'est-ce qui rend une chose «obscène»? Prenons l'exemple d'une représentation théâtrale. Un jour, quelques étudiants montèrent une pièce pour inaugurer leur théâtre de collège. L'inauguration avait reçu beaucoup de publicité, la salle était comble et plusieurs dignitaires locaux y assistaient. La pièce elle-même se déroula sans problèmes jusqu'à la dernière scène qui présentait une immolation sur un bûcher. La scène était plongée dans l'obscurité; un seul projecteur éclairait la victime, qui se tenait debout sur le bûcher, complètement nue. Des étudiants ne purent contenir leurs rires, et certains dignitaires quittèrent les lieux. Une dame d'un certain âge confia à un journaliste après coup: «Je ne savais plus où regarder». Les autorités du collège obligèrent les étudiants à modifier la scène pour les représentations subséquentes.

Cette pièce de théâtre était-elle vraiment obscène? Aurait-il dû y avoir poursuite et condamnation, avec tout ce que cela entraîne? S'il y avait eu poursuite, un verdict d'acquittement se serait-il imposé au motif que la pièce de théâtre n'était pas obscène?

Revenons donc à notre propos: qu'est-ce que l'obscénité? Quelque chose de trop vague pour être défini, un de ces termes

intangibles que nous utilisons mais que nous ne pouvons expliquer, un peu comme la civilisation. [TRADUCTION] «Qu'est-ce que la civilisation?», disait Kenneth Clark; «Je l'ignore. Je ne peux pas la définir en termes abstraits du moins, pas encore. Mais je crois que je peux la reconnaître quand je la vois». Certains tiennent les mêmes propos en ce qui a trait à l'obscénité: «A la voir, je peux la reconnaître» disait le juge Stewart dans une décision américaine.

Mais différentes personnes voient souvent les choses différemment. Certains trouvent obscène la nudité de certains tableaux, de certaines statues, de certains ballets et ainsi de suite. D'autres voient moins d'obscénité dans ces choses que dans le mode de vie des nations opulentes, dans un monde où des millions de gens meurent de faim. Le terme «obscène» est nettement péjoratif.

Malgré tout, «obscène» ne signifie pas la même chose que «mal» ou «mauvais». Le meurtre d'Abel par Caïn était-il un acte obscène? Le célèbre vol du train postal était-il un acte obscène? Il est évident que l'obscénité et le mal ne sont pas identiques; l'obscénité ne porte que sur une seule partie du mal. Mais quelle est cette partie?

Si on se penche sur les mots «obscénité» et «pornographie», on s'aperçoit qu'il s'agit d'un sujet de préoccupation tout récent. A l'origine, le mot «obscénité» signifiait en latin «de mauvais augure, peu propice»; il en était ainsi, semble-t-il, de son équivalent français, du moins au tout début. Un peu plus tard, cependant, il a exprimé surtout l'idée de «désagréable aux sens, dégoûtant, fétide, répugnant». Ce n'était que dans son sens dérivé qu'il se rattachait à ce qui choquait la pudeur ou la décence. Le mot «pornographie», par contre, tire son origine de deux mots grecs signifiant «prostituée» et «écriture». Contrairement à «obscénité», le terme «pornographie» ne fut utilisé que très tard, n'apparaissant qu'au XIX^e siècle. Au début, ce terme désignait les écrits traitant des prostituées et de leurs clients. Peu après, il finit par s'appliquer à tous les écrits à «thèmes impudiques ou obscènes».

Si la sémantique donne à entendre que nos préoccupations relatives à l'obscénité sont relativement récentes, notre droit nous en fournit la certitude. Bien que la censure existât en droit anglais

depuis longtemps, elle visait uniquement l'hérésie et la sédition, et non pas l'obscénité. De plus, en Angleterre, ce ne fut qu'à partir du XVIII^e siècle que l'on intenta des poursuites en matière d'obscénité, et même alors les causes étaient restreintes au domaine sexuel dans le contexte d'œuvres antireligieuses. Ce n'est qu'au début du XIX^e siècle qu'on retrouve des poursuites relatives à l'obscénité en tant que telle, et le common law n'a défini le terme qu'en 1868 dans l'arrêt *Hicklin*. Il s'agissait là encore d'une cause dans laquelle il était question d'une brochure antireligieuse renfermant des propos d'ordre sexuel.

A cette époque, ce qui troublait, ce n'était pas l'obscénité mais l'hérésie. Ce n'étaient pas les atteintes à la décence dans le domaine sexuel qui suscitaient de l'inquiétude, mais bien les attaques contre la religion. De nos jours, c'est exactement l'inverse: le problème, ce n'est plus l'hérésie mais bien l'obscénité.

Mais alors, sur quoi repose la notion actuelle d'obscénité? Elle a, semble-t-il, deux fondements. Elle se rattache au sexe d'une façon ou d'une autre. Elle a également trait à l'étalage de choses que nous n'aimons pas voir, pour des motifs que nous sommes peut-être incapables d'expliquer. Cela choque tout simplement, cela nous paraît inconvenant. Par contre, nous ne la trouvons pas toujours inconvenante. La nudité dans un tableau de musée ou une illustration d'ouvrage sur l'anatomie ne choque pas. Est-ce parce que l'art et la science possèdent une quelconque valeur compensatoire? Ou est-ce parce que l'art et la science recherchent la vérité, alors que l'obscénité et la pornographie la faussent? Prenons l'exemple de la pornographie. En apparence, elle se rapporte au sexe. Mais le sexe est une chose très personnelle dont on peut difficilement faire le marché. Ce qu'offre la pornographie, ce n'est donc pas la véritable sexualité mais un simple ersatz. Et que dire du monde de la pornographie, ce monde où les hommes sont toujours virils et toujours en érection, où les femmes n'ont jamais de menstruations, où l'amour et l'individualisme font manifestement défaut? Est-ce là un reflet fidèle de la réalité? N'est-ce pas plutôt là ce qui fait de la pornographie une «exploitation induite des choses sexuelles»?

«L'exploitation indue des choses sexuelles» est ce qu'interdit le droit pénal au Canada. C'est ainsi que notre droit pénal définit l'obscénité. Cependant, cette définition ne tient pas compte de certaines autres distinctions. Elle ne fait aucune différence, par exemple, entre l'«obscénité ordinaire» et la «pornographie la plus manifeste», la première expression s'appliquant surtout aux revues mettant en vedette de jeunes femmes nues ou peu vêtues, et la seconde s'étendant aux photos, écrits, etc., traitant de viol, de sadisme, de masochisme, de bestialité, de nécrophilie et d'autres perversions. La distinction peut avoir son importance car la pornographie la plus osée suscite beaucoup plus d'objections que l'obscénité ordinaire. D'ailleurs, la pornographie explicite n'est généralement accessible que par voie de distribution clandestine ou par courrier.

Notre droit pénal ne fait pas non plus de distinction entre le cas isolé et la distribution de produits obscènes sur une base commerciale. Il est certain que de nos jours, le problème ne réside pas dans la vente occasionnelle d'un livre osé, mais bien dans l'inondation du marché par une industrie colossale. «L'explosion de la pornographie» a projeté celle-ci bien au delà de l'époque du cheval et du carrosse.

L'inconvenance et la déformation de la réalité

Mais pourquoi l'obscénité choque-t-elle? Serait-ce simplement à cause de l'inconvenance et de la déformation de la réalité qui la caractérisent? Revenons à la pièce de théâtre des collégiens. Certains spectateurs trouvèrent la scène du bûcher inconvenante et invraisemblable; inconvenante parce que la nudité détournait l'attention de l'action elle-même, et invraisemblable parce que l'obscurité de la scène mettait beaucoup plus en évidence les parties génitales de la victime que lors d'une véritable exécution. D'autres spectateurs exprimèrent une opinion différente: ils trouvèrent la nudité convenante et réaliste; convenante parce que le protagoniste était dans le même état de nudité qu'au jour de sa naissance, et réaliste parce que c'est ainsi que cela se serait vraisemblablement déroulé. En fait, la question est difficile à trancher, comme c'est si souvent le cas en matière d'obscénité.

Et à supposer même que la nudité fût inconvenante, quel mal y a-t-il à cela? «A Prague hier soir», écrivait un critique musical avant la guerre, «nous avons entendu un petit garçon de trois ans chanter avec une parfaite voix de basse mais sans aucun véritable sentiment des convenances». Est-ce que cela aurait dû être un crime?

D'autre part, à supposer que la nudité soit une déformation de la réalité, une telle déformation devrait-elle constituer une infraction criminelle? Regardons où cela nous mènerait! Il faudrait proscrire l'opéra; a-t-on déjà entendu des gens parler en chantant? Il en est de même pour le ballet; y a-t-il des adultes qui font un pas

de deux dans la vie quotidienne? Et le théâtre? Où trouve-t-on, ailleurs que sur une scène, une pièce n'ayant que trois murs? Et pourtant personne ne veut proscrire l'opéra, le ballet ni le théâtre. Personne n'oserait; ils sont beaucoup trop en demande.

L'obscénité aussi est en grande demande et elle est offerte en grande quantité, par une industrie considérable en pleine croissance. Qui sait, peut-être celle-ci favorise-t-elle la croissance économique et contribue-t-elle à la création d'emplois. A supposer qu'elle ait sur l'économie des retombées favorables; cela suffirait-il à la mettre à l'abri de tout interdit pénal? Ne doit-on pas se demander si l'industrie de l'obscénité constitue une façon acceptable d'orienter les ressources humaines, financières et physiques d'une société, ou s'il conviendrait plutôt d'en faire une pure question de marché?

Le marché et les facteurs accessoires

Pourquoi ne pas s'en remettre au marché? Pourquoi ne pas laisser le public décider lui-même des livres à lire, des images à regarder, des films à voir? La souveraineté du consommateur fait de chaque personne le seul et unique juge de ce qu'il devrait posséder. Existe-t-il une solution de rechange? Qui d'autre a l'autorité voulue pour décider ce qu'un tiers devrait posséder?

Celui qui paie a bien le droit de choisir. D'aucuns confèrent au consommateur ce droit d'exercer son choix en raison du fait qu'il supporte le coût de la production. Que faut-il en penser? Le consommateur supporte-t-il toujours la totalité de ce coût? Qu'advient-il des frais invisibles que les autres doivent souvent assumer? Le coût de fabrication des automobiles n'inclut pas seulement le coût de la main-d'œuvre et du matériel; c'est aussi la pollution que cette fabrication impose aux résidents du voisinage. C'est là un exemple de ce qu'on pourrait appeler les facteurs accessoires. Ce type de coût est souvent difficile à mesurer car il touche un vaste secteur de la population et rencontre rarement une opposition organisée. Ainsi, jusqu'à tout récemment, les fabricants de voitures en ont refilé le coût au public. Aujourd'hui, cependant, on constate de façon plus évidente que les décisions d'ordre micro-économique sont trop prises en fonction de préoccupations à court terme et portent trop l'empreinte de l'intérêt personnel pour garantir une décision rationnelle au niveau macro-économique. On se rend compte que l'intérêt public représente beaucoup plus que la somme d'un grand nombre d'intérêts privés. On ne peut se contenter de s'en remettre au marché

pour fixer ce qu'il faut produire et distribuer, car le marché ne tient pas suffisamment compte du tort que la production et la distribution peuvent causer aux tiers. Il ne tient pas compte non plus du tort que peuvent subir les producteurs et les consommateurs eux-mêmes.

Il en est de même de l'obscénité. On ne peut pas se contenter de confier cette question au jeu du marché libre; car le marché ne se préoccupe pas de savoir si l'obscénité est néfaste pour le public, ou si elle est un mal!

L'obscénité et l'immoralité

* L'obscénité est-elle un mal? Voilà une question intéressante qui n'a toutefois aucune pertinence, pourrait-on dire. En effet, même si certains voient dans l'obscénité un mal et croient qu'elle devrait par conséquent être un crime, et que d'autres n'y voient pas de mal et ne croient pas qu'elle devrait être un crime, on est généralement d'avis qu'il importe peu que l'obscénité soit un mal ou pas. A lui seul, le mal ne suffit pas à faire d'un acte un crime. La moralité ou l'immoralité de l'obscénité n'a aucune importance, pas plus qu'elle en a pour l'homosexualité.

Mais pourquoi devrait-il en être ainsi? Il est impossible que la moralité soit complètement étrangère à la criminalité. Nous devrions avoir toute liberté de poser les actes qui n'ont aucun caractère mauvais; ceux-ci ne devraient pas être pénalisés. Helvétius, ce philosophe français du XVIII^e siècle, n'avait-il pas raison lorsqu'il disait: «Les lois tirent leurs forces des mœurs»?

Et si cet acte occasionne un préjudice à autrui? Dans ce cas il est mauvais. En effet, une des meilleures raisons de considérer un acte mauvais réside dans sa tendance à causer un dommage à autrui.

Que faire de la situation inverse, celle d'un acte mauvais qui n'est toutefois pas susceptible de faire du tort à autrui? Certes l'immoralité d'un tel acte ne suffit pas à en faire un crime! Encore là, on peut pousser l'interrogation à fond et se demander quel genre d'acte peut être répréhensible sans pour autant faire de tort à autrui?

Peut-être un acte reconnu comme étant injurieux envers l'Être suprême, ou un acte indigne d'un être humain. Ce genre d'acte est mauvais, certes, mais il ne mérite pas qu'on en fasse un crime. Il se situe à un niveau qui ne concerne pas le droit, celui de la morale privée. L'État n'a aucun droit de regard dans les chambres à coucher de la population. Chacun a le droit d'aller en enfer à sa façon, pourvu qu'il ne cause pas de tort à ses semblables.

Est-il possible d'aller en enfer à sa façon sans risquer de causer de tort à autrui? N'y a-t-il pas un danger d'entraîner d'autres personnes dans sa chute? Comme disait John Donne, personne ne vit en vase clos. Quiconque pèche contre Dieu peut corrompre les autres et les inciter à faire de même. Ou encore – et c'est le corollaire de cette proposition – si on n'est pas à la hauteur des standards humains, on risque d'en entraîner d'autres à sa suite. Si on pose comme prémisse qu'un acte est mauvais, soit au point de vue théologique, soit à tout autre point de vue, comment peut-on alors écarter la possibilité qu'il cause du tort à autrui? C'est le raisonnement qu'on a souvent invoqué pour justifier la répression pénale de l'homosexualité. Or il faut un argument plus convaincant pour faire la preuve de l'opportunité de pénaliser une «simple immoralité».

Cet argument existe. Face à un acte réputé injurieux envers Dieu, quelle certitude avons-nous, quand nous ne savons même pas si Dieu existe, et encore moins ce qui l'offense? Cela est affaire de croyance et à notre avis, personne n'a le droit au Canada d'imposer ses croyances religieuses à ses concitoyens.

Supposons un acte considéré indigne d'un être humain. Cela aussi est affaire de croyance et d'attitude et non de connaissance, car la condamnation de ce genre de comportement s'inspire d'idéaux tout à fait personnels. Chacun a droit à ses idéaux, dans la mesure où ils n'occasionnent aucun préjudice clair et certain à autrui. Nous croyons à tout le moins qu'au Canada, personne n'a le droit d'imposer ses propres idéaux à ses concitoyens.

Par conséquent il ne suffit pas, pour ériger l'obscénité au rang d'infraction pénale, qu'à l'instar d'un bon nombre de per-

sonnes, on la considère répréhensible pour des motifs relevant de la religion ou des idéaux. Ce sont là des questions d'engagement personnel qui n'offrent pas de justification suffisante à l'intervention du droit pénal.

Le danger à craindre

Si l'obscénité était un mal non seulement pour des motifs se rattachant à la religion ou aux idéaux mais en raison du tort qu'elle provoque, cela nous permettrait-il d'en faire un crime?

Tout d'abord, il faut se demander si l'obscénité cause un préjudice. A cette question il n'est pas facile de répondre. La réponse ne repose pas seulement sur des données concrètes. Elle est également tributaire d'un jugement de valeur; tout dépend de ce que nous considérons comme un préjudice. En effet le mot «préjudice» ne sert pas seulement à décrire, mais aussi à évaluer.

Qu'est-ce donc que le préjudice? Quelles choses considérons-nous préjudiciables? Selon nous, ce sont des choses qui contribuent à rendre la vie plus médiocre, plus déplaisante, moins agréable.

Mais ces mots eux-mêmes véhiculent des jugements de valeur. Pour juger qu'une chose est susceptible de causer du tort, vous faites entrer en ligne de compte à la fois les circonstances et vos préférences personnelles. Supposons que quelqu'un vous coupe une jambe, vous cause-t-il pour autant un préjudice? Sûrement pas s'il s'agit d'un chirurgien et que votre jambe doit être amputée; ce dernier exécute une opération salutaire, car on considère généralement qu'il vaut mieux sauver une vie qu'une jambe. Mais si vous êtes un danseur de ballet qui préférerait ne vivre qu'une semaine avec deux jambes plutôt qu'un siècle avec une seule, vous pourriez considérer l'amputation comme un tort irrémédiable.

Considérons un autre exemple. Le fait de causer la cécité est-il toujours néfaste? Il ne fait aucun doute que la vue est un avantage alors que la cécité est une infirmité. Pourtant le philosophe Brentano, qui devint aveugle dans les dernières années de sa vie, disait à ses amis qui s'apitoyaient sur son sort: «La cécité est un bienfait insoupçonné; elle m'oblige à me concentrer davantage sur ma philosophie». Pour lui, la vision extérieure avait moins d'importance que la vision intérieure.

Le danseur de ballet et le philosophe Brentano constituent néanmoins des exceptions. Ordinairement l'unanimité se fait assez facilement sur ce qui rend la vie plus médiocre et sur ce qui cause un dommage. Par exemple, la violence constitue sans contredit un exemple type de préjudice. Elle engendre la souffrance, tant physique que morale. Nous considérons également comme sources de dommages des événements traumatisants, par exemple le chantage, qui sont anxiogènes et diminuent notre capacité de faire face à la vie. Il en est de même des actes, comme le vol et la fraude, qui affligent en raison de la *perte* d'un bien. A la souffrance physique et morale pourrait s'ajouter l'outrage aux sensibilités, c'est-à-dire les grossières indécadences. Causeraient aussi du tort les odeurs nauséabondes, les bruits déplaisants et autres contrariétés ou grossièretés du genre, parce qu'ils nous dégoûtent, nous donnent la nausée, nous dérangent et nous distraient dans notre jouissance légitime de ce qui rend la vie intéressante et agréable, parce qu'ils polluent la qualité de la vie. Peuvent aussi faire du tort les choses qui nuisent à l'interaction sociale. Puisque l'homme est physiquement et spirituellement un être social, il doit vivre en société et communiquer avec ses semblables. C'est dire que toute entrave à cette interaction, et on peut citer à cet égard les mensonges de Tartuffe ou encore la propagande haineuse à l'endroit des minorités, doit être considérée génératrice de préjudice. Il y a enfin ce qui, de façon générale, brime la société comme telle. Il peut s'agir de menaces à l'existence même d'une société, ou de choses qui rendent celle-ci moins attrayante pour les gens qui voudraient y vivre.

L'obscénité occasionne-t-elle ce genre de dommage? Interrogeons-nous d'abord sur la violence. L'homme qui prend con-

naissance d'écrits sadiques devient-il sadique? Est-il incité à mettre ses lectures en pratique?

Tout d'abord, comment le savoir? Par une étude empirique, au dire de certains. Une telle étude a été réalisée à grands frais par la «Commission on Obscenity and Pornography» des États-Unis, qui a signalé dans son rapport qu'aucune preuve de causalité entre l'obscénité et la violence n'a pu être établie. Cependant, certains sociologues ont trouvé cette étude insuffisante; d'autres ont souligné le fait que l'absence de preuve d'un lien de causalité ne prouvait pas l'inexistence d'un tel lien.

Enfin les études empiriques, quelles qu'elles soient, laissent sceptiques un grand nombre de personnes qui soutiennent que le bon sens même démontre que l'obscénité peut conduire à la violence. N'est-il pas probable, disent-elles, que ce soit l'exposition à l'obscénité qui ait conduit aux meurtres de Manson? Après tout nous savons que l'homme est naturellement porté à imiter. Ces personnes croient volontiers que la bonne littérature adoucit les mœurs; serait-il donc si étonnant que de mauvais livres aient une influence malsaine? Pour réfuter les conclusions de l'étude empirique de la Commission américaine, ils pourraient sans doute se référer à Lincoln qui disait: [TRADUCTION] «Les gens qui aiment ce genre de choses trouveront que c'est là le genre de choses qu'ils aiment».

Le rapport entre l'obscénité et la violence ne peut donc pas, à notre avis, être facilement établi. Qu'en est-il de la question de savoir si l'obscénité cause un préjudice moral? D'aucuns prétendent qu'elle en cause parce qu'elle provoque l'excitation sexuelle ou parce qu'elle donne naissance à des pensées libidineuses. D'ailleurs, et cela n'a rien d'étonnant, les études exécutées pour la Commission américaine ont démontré que la pornographie peut provoquer et provoque effectivement l'excitation ou la stimulation sexuelle chez l'adulte. Une telle excitation sexuelle est-elle néfaste? Des motifs religieux amènent certains gens à trouver les pensées libidineuses nocives en elles-mêmes, à y voir une menace pour le salut de l'âme. Toutefois ce point de vue repose évidemment sur des croyances religieuses, croyances qui ne sont pas partagées par tous

les membres de notre société. Par conséquent, comme nous l'avons déjà signalé, cela ne constitue pas un motif suffisant pour faire intervenir le droit pénal.

L'obscénité cause-t-elle alors un préjudice psychologique? Incite-t-elle à se retirer du monde de la réalité pour se nourrir d'illusions, à substituer la pornographie au sexe, à préférer la masturbation solitaire aux rapports sexuels? Bref, arrête-t-elle le développement, le progrès? La preuve est à cet égard peu concluante. Nous devons encore une fois nous référer à la Commission américaine. Ses études démontrent que l'exposition au stimulus sexuel augmentait la fréquence de la masturbation seulement chez une minorité d'individus, et que cette augmentation diminuait dans les 48 heures qui suivaient ladite exposition. En d'autres termes, du moins en ce qui concerne les adultes, la preuve que l'obscénité occasionne un préjudice psychologique s'avère bien mince.

Mais qu'en est-il des enfants? A cause de considérations d'ordre moral, la Commission américaine n'a pas étudié à fond les effets de l'érotisme sur les enfants et les adolescents dont le comportement sexuel n'était pas encore déterminé. Ce n'est pas que la preuve soit peu concluante, c'est qu'il n'existe pas de preuve. Peut-être y a-t-il un danger pour les enfants. Les parents peuvent fort bien craindre qu'il y en ait un, comme en témoigne l'incident que voici.

Récemment un magasin d'articles divers d'Ottawa, situé à proximité de plusieurs écoles, installa des projecteurs stéréoscopiques qui, moyennant 25 cents, présentaient une gamme de films érotiques, qu'il s'agisse de rapports sexuels normaux ou anormaux, de sadisme et même d'inceste. Le film traitant de l'inceste semblait transmettre le message suivant: «Toi aussi tu peux inciter ton père à faire cela avec toi». Des parents protestèrent énergiquement. Ils demandèrent l'intervention de la police. Cette dernière fit enquête et obtint une ordonnance d'un tribunal autorisant la saisie et la destruction des appareils. Il ne fait aucun doute que ces parents craignaient l'effet que ces films pouvaient produire chez leurs enfants. Ils craignaient que cela leur donne une fausse image de la sexualité et soit un obstacle à un sain épanouissement personnel. Peut-être avaient-ils raison?

En somme, nous ne savons pas si l'obscénité occasionne un préjudice physique ou psychologique. Certains croient que oui, et peut-être ont-ils raison. Cependant, leurs prétentions n'ont pas d'assises empiriques, du moins elles n'en ont pas suffisamment pour justifier la mise en branle de la justice pénale. La justification, si justification il y a, se loge ailleurs. Se pourrait-il que le dommage découlant de l'obscénité soit moins direct et individuel qu'indirect et social? Se pourrait-il que son effet néfaste se fasse sentir au niveau des sensibilités, de l'interaction personnelle et de la société en général? Se pourrait-il que l'obscénité mette en péril certaines de nos valeurs?

Les valeurs menacées

Pourquoi est-il préoccupant que les valeurs soient menacées? Parce que, comme l'a souligné Aristote, l'homme est un animal sociable. Physiquement il a besoin de la société pour procréer, élever des enfants et perpétuer la race. Spirituellement il a besoin de la compagnie de ses semblables. L'homme a donc un besoin naturel de la société.

Qu'est-ce que la société sinon une entreprise coopérative? Comme tel, son succès dépend de la ferme volonté de ses membres de faire ce qui est nécessaire à son succès et d'éviter ce qui peut la compromettre. Ils doivent adopter un système de valeurs.

Quelles sont ces valeurs? D'une part, cela dépend du type de société. Certaines valeurs sont essentielles à toute société. Sans elles, aucune société ne peut survivre. Prenons par exemple la «non-violence» ou la «paix». Sans une quelconque acceptation de l'idée que la violence et le meurtre sont «interdits», une société se réduirait à un groupe d'individus apeurés et hostiles. Considérons la «vérité». Sans une quelconque acceptation de la notion que le mensonge et la fausseté sont «proscrits», une société ne serait plus qu'un groupe d'entités distinctes sans aucune communication. Or la communication a besoin du langage, et celui-ci suppose au départ qu'on dise la vérité. Mentir est en soi une activité parasitaire dont l'existence même exige que normalement, on dise la vérité. De plus, il doit y avoir dans toute société un certain respect du droit de propriété. Qu'elle mette tous ses biens en commun ou qu'elle se fonde sur le principe de la propriété privée, une société ne peut

faire un usage satisfaisant de ses biens que si l'usager a une quelconque garantie de possession, une assurance qu'il ne se verra pas tout à coup dépouillé des vêtements qu'il porte, de la nourriture qu'il a dans son assiette ou de la bêche qu'il tient dans ses mains. Finalement, aucune société ne pourrait exister si elle ne respectait pas l'ordre et la régularité, si elle ne préférerait pas le bon ordre à l'anarchie. Telles sont les valeurs de base nécessaires à toute société. Sans elles, il ne peut y avoir de véritable coopération et partant, de véritable société.

Il n'est donc pas étonnant de constater que dans la plupart des sociétés le droit pénal vienne étayer ces valeurs fondamentales. Après tout, les lois fondamentales du bien et du mal, parce que fondamentales et essentielles à l'existence même de la société, se veulent d'ordre pénal. Ainsi dans tout droit pénal, on s'attend à trouver des infractions réprimant la *violence*, comme le meurtre, les lésions corporelles et les voies de fait; des infractions réprimant la *malhonnêteté* comme la fraude et le parjure; des infractions réprimant les atteintes au droit de *propriété* comme le vol; et des infractions réprimant les atteintes à l'*ordre public* comme l'émeute, la sédition et la trahison.

a) La paix

Laquelle de ces valeurs l'obscénité menace-t-elle: la violence? On ne peut démontrer que l'obscénité engendre ou accroît la violence. Toutefois certaines formes d'obscénité, par exemple, le sadomasochisme, vont clairement à l'encontre de l'idée de non-violence. Au pire, elles glorifient la violence: au mieux elles nous y insensibilisent, le quotidien devenant la normale et la normale devenant la norme. C'est ainsi qu'on finit par accepter la violence. N'est-ce pas malsain pour la société?

b) La liberté de l'individu

Qu'en est-il des autres valeurs? Certaines d'entre elles, sans être absolument nécessaires à la société, valent quand même la

peine d'être conservées précieusement. Prenons à titre d'exemple la liberté de l'individu. Il ne fait aucun doute qu'elle n'est pas essentielle à la société. Il y a eu et il y a encore des sociétés où les libertés individuelles n'existent pas, ou presque pas. Mais la liberté est l'une des choses qui rend la vie en société agréable, non pas simplement parce qu'il est déplaisant d'être assujéti à la volonté des autres, mais plutôt parce qu'il existe un besoin d'être libre pour tenter des expériences, pour essayer de nouvelles choses, pour être différent. C'est cela qui nous individualise, chacun étant unique en son genre, au lieu d'être tout à fait semblable aux autres, comme une série de sous neufs. La locution «il faut de tout pour faire un monde» est beaucoup plus qu'un plaidoyer en faveur de la tolérance; c'est un hommage aux vertus de la diversité. Les libertés individuelles sont essentielles à cette diversité.

L'obscénité menace-t-elle les libertés individuelles? L'obscénité étalée en public le fait nettement, de même que l'obscénité offerte aux enfants.

(i) *L'étalage public de l'obscénité*

Il ne fait aucun doute que dans un grand nombre de cas, l'obscénité provoque chez ceux qui y sont exposés de puissants sentiments d'indignation, de honte, de dégoût et d'aversion. Nous le savons de par notre propre expérience: nombreux sont ceux qui s'objectent vigoureusement à ce qu'on leur impose une forme ou une autre d'obscénité. La recherche le démontre également. La Commission américaine a relevé des éléments de preuve à l'effet qu'un grand nombre de personnes mises en présence de matières érotiques éprouvent de véritables sentiments de dégoût. Ils ne veulent pas devenir les spectateurs involontaires de l'obscénité qui est étalée dans les places publiques, à la vue de tous, sur des panneaux d'affichage ou autrement. Manifestement, l'obscénité choque.

Mais ne peut-on pas dire que ce n'est là qu'une question de goût? Certains aiment l'obscénité et d'autres la détestent: n'est-ce pas là le fond de la question? Des goûts et des couleurs, on ne discute point. Alors, pourquoi discriminer contre ceux qui aiment l'obscénité au profit de ceux qui ne l'aiment pas?

Pour deux raisons. D'abord, le fait de bannir l'obscénité des endroits publics n'est pas discriminatoire. De plus, c'est la seule façon légitime de résoudre le conflit qui oppose des objectifs incompatibles.

D'abord, il n'y a pas vraiment de discrimination. Ceux qui veulent offrir ou voir de l'obscénité en public ne désirent peut-être pas le faire constamment. Eux aussi souhaitent quelquefois goûter la vue non profanée d'un paysage de campagne ou des rues d'une ville; c'est dire qu'eux aussi pourraient tirer avantage de ces lois. De plus, l'étalage public de matières obscènes constitue de fait une forme de nuisance publique. Il y a plusieurs sortes de nuisances publiques, et l'étalage public de l'obscénité n'en est qu'une. Ce qui dérange une personne n'en dérange pas nécessairement une autre, et celle-ci peut à son tour être ennuyée par ce qui ennuie peu ou n'ennuie pas la première. Ceux qui goûtent l'obscénité peuvent détester le bruit que font les motards, et *vice versa*. Ainsi chacun peut tirer un profit des lois relatives aux nuisances publiques, lesquelles visent à enrayer ces divers types de désagréments. * C'est en ce sens que les lois proscrivant l'étalage public de l'obscénité, au chef de la répression d'une forme de nuisance publique, contribuent à ce que chacun y trouve son parti.

Considérons maintenant le problème des objectifs incompatibles. Comment peut-on les concilier? Nous le faisons bien souvent dans la vie de tous les jours: je veux ouvrir la télévision, tu veux la fermer; je veux pêcher dans le lac, tu veux y pratiquer le ski nautique. Selon quels principes évaluera-t-on des désirs contradictoires? Nous en suggérons trois:

- (1) la maximisation de la liberté;
- (2) la nécessité de justifier chacune des volontés en présence, et le refus de les accepter du seul fait de leur existence;
- (3) l'octroi de la priorité à l'objectif de l'une des parties au conflit en fonction de l'effet de cet objectif sur ceux des autres parties.

(1) En premier lieu, la maximisation de la liberté. Dans toute société libre, ce principe est axiomatique. A moins qu'une

activité ne cause un tort grave qui dépasse le niveau de l'inconvénient banal, on devrait être libre de s'y livrer. Ce principe fait pencher la balance en faveur de l'attitude libérale de préférence à l'attitude restrictive.

(2) En second lieu, les goûts et les préférences ne suffisent pas à faire pencher la balance dans un sens ou dans l'autre. Si le simple déplaisir que suscitait une activité à laquelle vous désirez vous livrer était suffisante pour qu'elle vous soit interdite, on pourrait vite dire adieu à la liberté individuelle et au bonheur. En mettant les choses au mieux, nous serions à la merci du puritanisme; et «le puritanisme», disait Mencken, [TRADUCTION] «c'est la hantise qu'il y ait quelque part quelqu'un qui soit heureux». En mettant les choses au pire, nous pourrions être la proie d'une idéologie plus répugnante; ainsi, la présence des Juifs déplaisait aux Nazis, et ceux-ci les ont éliminés. Comme l'a souligné Shaw, la forme ultime de censure c'est l'assassinat.

Par conséquent, de simples déplaisirs ne suffisent pas à faire pencher la balance à l'encontre d'une activité. Ce qu'il faut, c'est que le déplaisir soit *justifié*. Celui-ci peut se justifier de deux façons différentes. Il peut se fonder sur une réalité physique découlant de la nature humaine. Certaines odeurs nous déplaisent parce que nous sommes ainsi faits qu'elles nous donnent la nausée. Ou bien elles se fondent sur d'autres types de raisons. La diffusion à la télévision d'un trop grand nombre de messages publicitaires peut nous déplaire du fait qu'elle interrompt notre émission, celle-ci étant en fait la seule chose que nous soyons intéressés à regarder.

(3) Et pourtant, il ne suffit pas de justifier un déplaisir pour faire pencher la balance à l'encontre d'une activité. Lorsque le désir d'un individu est incompatible avec celui d'un autre, ne doit-on pas accorder la préférence à celui qui se heurte le moins aux autres désirs? Supposons que je désire pêcher, que vous vouliez faire du ski nautique, et que le lac soit trop petit pour faire les deux choses en même temps. Si la pêche est compatible avec d'autres activités telles que la natation, le canot, la chaloupe et ainsi de suite, mais que la pratique du ski nautique écarte toute autre activité, n'est-ce pas mon désir, i.e. la pêche, qui devrait avoir préséance? N'est-ce pas maximiser la liberté que d'accorder prio-

rité à l'objectif qui se concilie avec la gamme la plus considérable d'autres possibilités? Toutes choses égales par ailleurs, cette solution laisse au plus grand nombre possible de personnes la liberté de poursuivre leurs propres activités.

Comment ces principes s'appliquent-ils au problème de l'étalage public de matières obscènes? D'abord, l'objection qu'on peut y avoir ne découle pas seulement d'une question de goût. Elle se justifie de façon rationnelle. L'obscénité choque parce qu'elle s'attaque à des valeurs chères à ceux qui s'y objectent, la valeur qu'ils accordent au sexe, à l'intimité, à la dignité humaine, bref à la conception de l'homme qui y voit autre chose que la simple matière. De plus, l'étalage public de matières obscènes entraverait plusieurs activités fort légitimes: une promenade paisible, la jouissance du paysage et ainsi de suite. En somme, le désir de fréquenter des lieux publics sans être exposé à de l'obscénité n'écarterait qu'une seule chose, l'obscénité dans les lieux publics. Aussi, puisqu'il serait toujours possible de voir de l'obscénité privément, cela ne fait-il pas pencher la balance contre son étalage public? N'est-ce pas une raison valable de la restreindre le plus possible?

Il existe cependant une autre dimension à la question: l'importance du mal que réprime la loi. S'agit-il d'un affront grave aux valeurs avec lesquelles ce mal entre en conflit, ou seulement d'un manque d'égard sans gravité à leur endroit? Par exemple le fait de siffler dans une église est beaucoup moins grave que celui d'uriner sur l'autel. Plus l'affront est grand, plus le recours au droit pénal est justifié.

(ii) *Les enfants*

Une autre façon dont l'obscénité entre en conflit avec la liberté a trait aux enfants. Dans notre société, nous estimons que les enfants devraient être élevés et éduqués dans leur meilleur intérêt; le bien-être de l'enfant est primordial. Aussi considérons-nous que pour choisir le genre d'éducation le plus approprié au meilleur intérêt de l'enfant, les personnes les plus aptes à en juger et à en faire le choix, ce sont les parents, puisque l'enfant est trop jeune pour le faire lui-même. A moins que le choix des parents

ne soit manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant, la société n'intervient pas.

C'est dire que l'initiation à la sexualité et aux sujets connexes revient de droit aux parents, et non au colporteur de matières obscènes. L'étalage public de l'obscénité entre clairement en conflit avec ce droit, du fait qu'il expose les enfants à des influences auxquelles les parents préfèrent peut-être les soustraire. Il en est de même de la vente et de la distribution aux enfants de matières obscènes.

C'est de ces deux façons que l'obscénité fait obstacle à la liberté. Ceux qui protestent au nom de celle-ci contre l'imposition de toute restriction à l'obscénité devraient se rappeler que dans l'espèce, la liberté est une arme à double tranchant. La liberté de voir et de lire de l'obscénité est une chose, la liberté de n'en pas voir et de n'en pas lire en est une autre. Qui doit triompher?

c) La dignité humaine

D'autres valeurs importantes, voire essentielles, sont-elles menacées par l'obscénité? Qu'advient-il de la valeur que nous attribuons à la dignité humaine? Une caractéristique réconfortante de notre société actuelle consiste dans la reconnaissance toujours grandissante de la dignité de l'homme, et plus particulièrement de la dignité de la *femme*. Ce n'est pas par pur hasard que certaines des protestations les plus vives du mouvement de libération de la femme aient été dirigées contre l'utilisation de la femme – objet dans les messages publicitaires, l'obscénité et la pornographie. Ces protestataires allèguent avec raison que le fait de considérer la femme comme un simple objet de satisfaction sexuelle dégrade non seulement celles qui se prêtent à ce jeu, mais aussi les hommes qui en abusent. Cela revient à ne traiter ni l'homme ni la femme comme une personne. Et ceci, de l'avis de certains, est symptomatique d'un déclin général des valeurs sur les plans culturel et moral.

Y a-t-il vraiment eu un tel déclin général, tant sur le plan culturel que moral? Y a-t-il eu un changement au niveau des

valeurs en général? Ce changement a-t-il mené à une dégradation? Dans quelle mesure l'obscénité en est-elle responsable?

(i) *Les valeurs ont-elles évolué?*

En premier lieu, nos valeurs sont-elles en train de se modifier? Il y a certainement un changement au niveau de la langue, du genre de livres qui se lisent, du genre de pièces de théâtre ou de films auxquels on assiste. Considérons la langue. On utilise maintenant en abondance des mots crus qui étaient autrefois interdits et ne s'employaient jamais dans les conversations entre gens éduqués, ou en présence de personnes de l'autre sexe. «Merde» en est une illustration.

Qu'en est-il des œuvres littéraires? «La mauvaise monnaie chasse la bonne», selon la loi de Gresham. Existe-t-il une loi semblable en ce qui a trait aux livres? Les livres obscènes vont-ils écarter du marché ceux qui le sont moins? Il n'y a pas si longtemps le livre *L'amant de Lady Chatterley* se vendait comme de petits pains chauds. Aujourd'hui on ne peut même pas le trouver dans les librairies les plus minables; celles-ci sont truffées d'ouvrages plus épicés traitant de sodomie, de flagellation, de bestialité et d'autres perversions.

Qu'advient-il de nos valeurs morales? Y a-t-il eu aussi un changement d'attitude face au mariage, au sexe et à l'intimité? L'amour libre est accepté beaucoup plus ouvertement, le concubinage devient de moins en moins rare et les rapports sexuels collectifs sont de plus en plus répandus. L'intimité est moins jalousement protégée. Des parties de l'anatomie humaine qu'on ne montrait jamais sont maintenant dévoilées au grand jour. Des actes considérés autrefois du domaine de la plus stricte intimité sont maintenant accomplis en public. La commercialisation du sexe devient monnaie courante. Non pas que le sexe n'ait pas toujours fait l'objet d'un commerce; après tout la prostitution est le plus vieux métier du monde. Mais n'y a-t-il pas déjà eu une idée qui sans nécessairement être bien articulée, n'en faisait pas moins la quasi-unanimité, à l'effet que certaines choses comme l'amitié ne sont vraiment pas à vendre? Ceci ne s'appliquait-il pas dans une certaine mesure au sexe? Or de nos jours le sexe ou sa contrefaçon s'avère de plus en plus exploité, emballé et commercialisé.

(ii) *L'évolution mène-t-elle à une dégradation?*

L'évolution des attitudes et des valeurs morales se fait-elle dans le sens d'une dégradation? L'art et le langage se sont-ils appauvris du fait de l'augmentation des éléments sexuels et des mots crus? Serait-ce plutôt que l'art et le langage d'antan manquaient de virilité? Par exemple, y avait-il quelque chose de ridicule dans la manière dont les héros d'aventures du passé, blêmssant sous leur bronzage, employaient des euphémismes parce que les jurons étaient tabous? Et que penser de l'ancienne conception du mariage et du sexe? Était-elle plus équilibrée, ou était-elle au contraire trop imbuée d'hypocrisie? L'état d'esprit actuel est-il plus ouvert et plus sain?

Examinons en premier lieu l'obscénité dans le langage. Ainsi l'utilisation constante des mots crus a pour conséquence d'appauvrir la langue. Lorsque employés avec retenue, les mots se rapportant aux fonctions sexuelles et excrétoires peuvent avoir deux fins utiles: ils peuvent évoquer ces activités en elles-mêmes, ou viser l'effet de choc. Par contre une utilisation assez fréquente les prive de leur finalité et ne fait que détourner l'esprit de la conversation. Enfin leur emploi constant, qui se généralise de nos jours, dégénère en une cacophonie ennuyeuse et ritualiste qui empêche de faire du langage un usage plus judicieux. Notre langue comporte environ un million de mots. N'est-il pas malheureux de n'en employer constamment qu'une demi-douzaine?

Considérons maintenant l'obscénité qu'on trouve dans les livres, les pièces de théâtre et les films. Le problème, ce n'est pas qu'elle existe, mais plutôt que son succès semble exiger de tous les autres livres, de toutes les pièces de théâtre et de tous les films qu'ils se conforment au même modèle. Des auteurs se plaignent d'avoir à mettre une touche d'obscénité dans leurs œuvres s'ils veulent qu'elles soient publiées. [TRADUCTION] «Aujourd'hui», disait Shaw, «c'est le roman dont le thème n'est pas sexuel qui sort de l'ordinaire; le roman à thème sexuel est maintenant monnaie courante». Cette situation atrophie la diversité littéraire; en effet si les romans à thème sexuel ont leur raison d'être, il en est de même des romans à thème non sexuel, faute de quoi la littérature ne peut que s'appauvrir.

Qu'advient-il de la morale courante? Les changements d'attitude envers le sexe, l'intimité et d'autres valeurs ont-ils sur la société un effet défavorable? Lord Devlin soutenait qu'une société doit moins son existence à ses institutions qu'à la morale commune qui en cimente les éléments; par conséquent, tout ce qui porte atteinte à cette morale commune cause un tort grave à la société.

Cette thèse n'est cependant vraie qu'en partie. Comme nous l'avons déjà dit, une société ne saurait exister sans accepter certaines valeurs fondamentales, certains principes et certaines normes. Ainsi l'attitude vis-à-vis de la violence et de la vérité doit recueillir l'unanimité. Néanmoins cela ne signifie pas pour autant que toutes les valeurs qui font partie de la morale commune d'une société lui soient essentielles, ou que le déclin de l'une de ces valeurs sonne le glas de tout le reste. Ainsi nos règles relatives à la propriété n'ont pas ce caractère essentiel. Comme nous l'avons vu, il s'impose à toute société de posséder certains principes en matière de propriété. Cependant aucune d'elles n'est tenue d'adopter des principes identiques aux nôtres, par exemple celui de la propriété privée. Une société peut fort bien se fonder sur le principe de la propriété collective de tous les biens sans cesser pour autant d'être considérée comme une société.

Interrogeons-nous à présent sur les valeurs relatives à la sexualité, au mariage et à l'intimité. Ces valeurs sont-elles essentielles? Certaines règles et certains principes qui s'y rapportent s'imposent sans conteste. Afin d'assurer le renouvellement de ses membres, une société se doit de prendre les dispositions nécessaires à la procréation et la formation des enfants; mais il n'est pas nécessaire qu'il s'agisse de dispositions identiques aux nôtres. De son côté, la sexualité a une telle puissance d'entraînement que certaines règles et certaines normes sont indispensables, mais pas nécessairement celles que nous possédons. Peut-être quelque principe d'intimité est-il essentiel à notre bien-être; peut-être chacun a-t-il besoin d'espace et de temps qui lui soient propres, sans que ce soit nécessairement selon la conception que nous nous en faisons. On peut concevoir, et il a déjà existé, des sociétés qui ont adopté des attitudes fort différentes des nôtres relativement à chacun de ces sujets. Notre morale commune est, à cet égard, moins essentielle que celle qui concerne la vérité ou la violence.

On peut se demander si l'évolution des valeurs non essentielles entraîne une modification analogue des valeurs fondamentales? On n'a guère de preuve à l'effet qu'un changement d'attitude face à la sexualité ait pour conséquence inévitable un changement d'attitude à l'égard de la vérité ou de la violence. Un relâchement des conceptions anciennes en matière de sexualité est tout à fait compatible avec le maintien des conceptions traditionnelles en matière de violence ou de respect de la vérité. Ceux qui critiquent sans arrêt le déclin des valeurs morales préféreraient-ils les attitudes propres aux sociétés primitives, avec leur insensibilité envers la violence, la pauvreté et la souffrance? Comme l'a souligné le professeur Hart dans sa critique de Lord Devlin, notre morale commune n'est pas un tissu sans couture fait d'une seule pièce, contrairement à l'image qu'en projette la thèse de Devlin.

Malgré tout, cette thèse n'est pas dépourvue d'intérêt. Le déclin des attitudes morales face à la sexualité peut être symptomatique d'un déclin général de la morale. Si de nos jours, nous n'accordons pas à la sexualité la même dimension morale qu'autrefois, peut-être n'est-ce pas uniquement attribuable à un changement d'attitude face à la sexualité, mais aussi et surtout à la diminution de la valeur morale qu'on reconnaît aux choses en général. Un changement sincère d'attitude morale est une chose, une indifférence toujours grandissante en est une autre. Et l'indifférence face aux valeurs morales en général, y compris celles qui concernent la vérité et la violence, est préjudiciable à la société.

Notre changement d'attitude face au sexe représente-t-il un déclin en tout état de cause? Peut-être que non. Cependant, pourrait-on prétendre, l'industrie de la pornographie conçoit la sexualité comme une réalité dépourvue d'individualité, de personnalité et d'intimité; elle en a une conception uniforme et purement physique. Or si on prend cette conception au sérieux, on risque de départir la sexualité de ce qu'elle a de magique pour la réduire au mieux à un phénomène animal, et au pire à un phénomène mécanique. Il en résulterait un amoindrissement de la dignité humaine. Quoi qu'on en pense, moins on respecte la dignité humaine, moins notre société vaut la peine qu'on y vive. En fin de compte, le bonheur de l'homme dépend du respect qu'il a de lui-même et du respect qu'il a pour les autres en tant que personnes. Aussi l'obscénité et la pornogra-

phie pourraient-elles provoquer en nous une dégradation des attitudes relatives à la dignité humaine.

(iii) *A quoi attribuer cette évolution?*

Dans la mesure où il existe, un tel changement d'attitude est-il dû à la prolifération de l'obscénité? Ou la prolifération de l'obscénité est-elle le résultat de notre changement d'attitude? Il est difficile de se prononcer. Il n'est pas facile non plus d'établir la relation entre l'obscénité et le changement dans les standards moraux. Ceux-ci subissent l'influence de tant de facteurs extrêmement complexes qu'on ne parvient pas à isoler l'impact de l'obscénité. En théorie, comme nous l'avons déjà souligné, si la lecture de livres convenables peut inculquer des attitudes et des valeurs morales acceptables, de la même façon une personne peut acquérir par la lecture d'écrits obscènes des attitudes et des valeurs perverses. La preuve empirique est cependant peu concluante. Comme le démontrent les études de la Commission américaine, les personnes qui ont été mises en contact avec la pornographie y voient moins de mal et se montrent moins désireux de la restreindre que celles qui en ont été tenues éloignées. De plus, celles qui ont une expérience récente de matières érotiques sont beaucoup plus tolérantes envers l'homosexualité, les relations prémaritales et les fonctions non reproductrices des rapports sexuels, que les personnes n'ayant pas eu ce genre d'expérience. Toutefois, ces recherches n'ont pas fait la preuve d'un lien de cause à effet entre ces attitudes tolérantes et l'expérience de la pornographie.

Il existe cependant un autre aspect de l'obscénité. En réalité, celle-ci vise soit à indigner soit à émoustiller. Il y a fort à parier que plus on en voit, plus on y devient indifférent: la familiarité engendre le mépris. Nous n'avons qu'à nous reporter à notre propre expérience. Une musique trop forte nous rend sourds; nous devons donc en augmenter le volume. Les messages publicitaires osés nous blasent, il faut donc qu'ils deviennent plus agressifs; l'obscénité engourdit notre capacité d'être scandalisés, dégoûtés et émoustillés. D'ailleurs les recherches de la Commission américaine le confirment: «Un contact prolongé avec des matières à caractère nettement sexuel provoque un effet de saturation et une diminution

du désir d'en voir de nouveau, même si elles sont facilement accessibles».

L'obscénité et la pornographie sont donc autodestructrices. Pour continuer à choquer et à dégoûter, les marchands d'obscénité doivent étendre constamment la marge d'indignation et de dégoût. Or toute chose a ses limites, et l'indignation, le dégoût et l'émoussement n'y font pas exception. La pornographie émousse donc notre sensibilité à l'obscénité et nous laisse sur notre appétit. Peut-être est-ce là un effet louable. Peut-être devons-nous nous réjouir de la diminution graduelle de l'intérêt des Danois pour l'obscénité depuis que ce pays l'a dépénalisée. Et pourtant, faut-il se réjouir de ce manque de sensibilité, de cette incapacité d'être choqué, dégoûté ou stimulé par l'obscénité?

Les objectifs du droit pénal

A notre avis, l'obscénité est socialement et indirectement dommageable du fait qu'elle entre en conflit avec des valeurs essentielles, ou tout au moins importantes, de la société, et qu'elle les menace. Elle va à l'encontre de nos valeurs relatives à la violence, à la liberté et à la dignité humaine. De façon plus spécifique l'étalage public de l'obscénité et sa communication aux enfants entrent en conflit avec la liberté individuelle.

Est-ce là une justification du recours au droit pénal? Cela fait-il ressortir l'obscénité au droit pénal? Quel résultat obtiendrait-on en invoquant le droit pénal?

En premier lieu, à quelles conditions un comportement ressort-il au droit pénal? Certains répondraient: «Lorsque ce comportement est mauvais ou immoral, peu importe qu'il cause du tort aux autres ou leur nuise». Pour eux, le rôle du droit pénal consiste à voir à ce que le délinquant recueille ce qu'il a semé. En un mot, c'est *le châtiment*.

a) Le châtiment

Toutefois, cette vision des choses soulève entre autres la difficulté suivante. La notion de châtiment présuppose l'existence d'une sorte de bilan surnaturel ou métaphysique que le crime ou le péché peut déséquilibrer mais que la peine équilibre de nouveau. Que faut-il comprendre de cette prétention et comment peut-on en faire la preuve? Comment la punition rétablit-elle l'équilibre?

Même si on parvient à répondre à ces questions, l'hypothèse du châtement n'en pose pas moins une autre difficulté. S'il est tout à fait approprié à un Dieu de faire récolter au pécheur ce qu'il a semé, il n'en est pas de même pour des êtres humains, bien que nous puissions à bon droit faire quelque chose qui s'en rapproche. Nous y reviendrons plus tard. Si vous faites quelque chose de mal, cela me donne-t-il le droit de vous punir? «C'est à moi qu'appartient la vengeance; je ferai justice, dit le Seigneur» écrivait saint Paul, et nous sommes tout à fait d'accord.

b) L'application de la morale

Selon une autre école de pensée, il incombe au droit pénal de s'assurer que les individus se conduisent bien, i.e., *de faire respecter la morale*. Cette opinion se rapproche de la conception relative au châtement à un point de vue, dans la mesure où l'une et l'autre considèrent la répression d'un comportement répréhensible comme une fin en soi. Elles diffèrent en ce que le châtement a pour objet de punir le mal, alors que la mise en application de la morale vise plutôt sa prévention. Selon les tenants de cette dernière conception il est souhaitable et légitime de recourir au droit pénal pour réprimer une conduite répréhensible dans le but de prévenir cette même conduite.

Cet objectif qui vise à faire respecter la morale est non seulement différent du châtement, il est également beaucoup plus séduisant. En effet, tout en évitant les problèmes que rencontre la conception relative au châtement en raison de cette idée de bilan céleste, il est orienté vers une activité à laquelle nous nous livrons, voire à laquelle nous devons nous livrer. En effet il nous arrive souvent d'imposer une punition dans le but de prévenir un agissement répréhensible, pour la seule raison que cet agissement est mauvais. C'est ce que nous faisons avec nos enfants.

Il ne fait aucun doute que la conduite de nos enfants nous regarde. En est-il de même de celle des adultes? Cela nous regarde-t-il vraiment, dans la mesure où leurs actes ne nous affectent pas? Le comportement de Robinson Crusoé envers Vendredi, alors qu'ils vivaient tous deux perdus sur une île déserte,

nous concerne-t-il? Votre réponse à cette question théorique variera selon que vous croyez ou ne croyez pas être le gardien de votre frère. En pratique cependant, les systèmes de droit pénal sont étroitement liés à la juridiction territoriale. La plupart des systèmes de droit pénal, à l'instar du système canadien, visent d'abord les actes commis sur le territoire national; ils ne s'appliquent que de façon restreinte aux actes commis hors de ce territoire. Bien que ce soit là la situation actuelle, personne ne devrait s'aventurer à dire qu'il en sera toujours ainsi. Notre siècle lui-même a été témoin de changements majeurs, à mesure que le monde prenait la forme d'un «grand village». Nous avons assisté à l'adoption du concept de «crimes contre l'humanité», i.e. des actes que le droit international considère comme criminels en tout temps et en tout lieu.

Donc si Crusoé torture et tue Vendredi, plusieurs prétendraient que cela nous regarde, même si nous sommes à des milliers de milles de là, sauf si un autre État relié de plus près à l'événement en revendiquait la juridiction. Mais que ferons-nous si Crusoé ne fait que voler à la tire un objet insignifiant appartenant à Vendredi? Croyons-nous toujours que cela nous regarde? Et qu'arrive-t-il s'il ne fait que parader nu, offensant ainsi la sensibilité de Vendredi? Cet acte peut fort bien être répréhensible, mais cela nous justifierait-il d'intervenir pour le lui interdire? Cet acte nous touche-t-il ici d'une quelconque façon, ou nous cause-t-il un préjudice? Molière nous légua ces vers:

Le scandale du monde est ce qui fait l'offense
Et ce n'est point pécher que pécher en silence.

Chose certaine, au Canada, l'obscénité nous touche. D'aucuns croient qu'elle cause un préjudice. Il n'y a pas de doute qu'elle blesse plusieurs personnes. De plus, elle menace certaines de nos valeurs les plus importantes.

c) La protection contre le préjudice

Utiliserons-nous le droit pénal pour nous protéger du préjudice qui en découle? Si nous étions certains que de fait, l'obscénité causait du tort, serions-nous alors justifiés de recourir au droit pénal pour la réprimer?

L'intervention du droit pénal en matière d'obscénité, au chef de la protection contre le tort qu'elle occasionne, repose sur le principe de la légitime défense de la société. Selon ce principe, les membres d'une société peuvent et doivent se protéger contre un préjudice et contre ses auteurs. Cette protection provient de l'arsenal des peines qu'on inflige aux malfaiteurs: on les frappe d'incapacité, on les neutralise, on leur inflige un châtiment exemplaire, puis on les transforme en bons citoyens. Ce sont les techniques de prévention, de dissuasion et de réadaptation sociale.

L'attrait de cette théorie réside dans le fait qu'elle asseoit la justification du droit pénal et de la peine sur des objectifs qui conviennent parfaitement à des êtres humains. S'il se commet des meurtres dans notre entourage, il est évident que nous avons le droit d'essayer de les enrayer. Il n'est pas question ici de prétention métaphysique ni d'ingérence indue dans les affaires des autres. Un comportement nous concerne sûrement si celui-ci nous cause préjudice. Nul doute que si Robinson Crusoé avait tué Vendredi à Halifax, Montréal ou Vancouver, c'est à bon droit que les Canadiens se seraient sentis touchés par cette affaire et autorisés d'intervenir.

Il n'est donc pas étonnant de constater que cette théorie de la protection contre le préjudice s'est révélée si populaire. Malheureusement elle comporte également sa part d'inconvénients. En premier lieu, l'objectif de légitime défense justifierait de façon plus convaincante le recours au droit pénal si l'efficacité de la dissuasion et de la réadaptation sociale était plus certaine. Mais les études sur la dissuasion indiquent qu'elle ne fonctionne pas aussi simplement ni aussi bien que ne le donne à entendre une naïve conception benthamite du comportement humain. De leur côté, les études sur la réadaptation sociale indiquent que la façon dont on traite un condamné n'influe guère sur ses probabilités de récidive. Entre temps, le nombre de crimes ne cesse d'augmenter. Il y a lieu de se demander sérieusement quel rendement, en termes de protection du public, nos impôts nous procurent par le truchement du droit pénal et des peines.

A ceci nous pourrions répondre en toute sincérité que ces difficultés ne sont pas nécessairement insurmontables. Peut-être élaborerons-nous de meilleures techniques de réadaptation sociale

et découvrirons-nous des méthodes qui rendent la dissuasion plus efficace. Nous pourrions également souligner qu'il reste toujours l'objectif de prévention, lui qui vise à neutraliser le dommage par l'incarcération de la personne dangereuse ou la destruction de la chose pernicieuse. Malgré tout, il ne faut pas croire que l'application du droit pénal parvienne vraiment à résoudre le problème de la criminalité. Il faut également éviter de se laisser induire en erreur par la théorie de la prévention du préjudice; celle-ci met l'accent sur la dissuasion et la réadaptation sociale et porte ainsi trop d'attention aux délinquants actuels ou en puissance, et pas assez au reste de la société. Voilà pourquoi nous sommes de plus en plus attirés par le rôle «d'affirmation des valeurs» joué par le droit pénal.

d) L'affirmation des valeurs

Comme nous l'avons déjà dit, certaines valeurs sont essentielles à toute société. Et il y en a d'autres qui, sans être essentielles à toute société, sont nécessaires à notre type de société; elles contribuent à faire de notre société ce qu'elle est. C'est pourquoi, lorsqu'on les brime et qu'on les menace, nous faisons appel au droit pénal. Quand ces valeurs sont menacées, le droit pénal assume un rôle polyvalent: il offre une réaction certaine, il circonscrit et précise clairement les valeurs menacées, il contribue à leur inculcation, et enfin nous rassure dans nos convictions.

En premier lieu, le droit pénal constitue une *réaction*. Par analogie, si quelqu'un meurt, qu'il s'agisse d'un ami ou d'un collègue, nous sentons que nous devons réagir. Nous nous comportons avec solennité, nous nous recueillons, nous assistons aux funérailles et ainsi de suite. Tout ceci découle de ce que, sur le plan des relations humaines, la mort est un événement grave qu'on sent le besoin de souligner de façon solennelle. Il serait inhumain de l'ignorer, comme l'ont fait les trois joueurs de bridge qui, voyant le quatrième joueur mourir devant eux, ont simplement déclaré: «Il nous faudra maintenant jouer à trois». Il en est ainsi pour le crime. Lorsqu'un crime grave est commis dans notre entourage, nous ne pouvons pas simplement l'ignorer, nous devons

réagir. Et le droit pénal représente un moyen de faire quelque chose.

Il y a plus que cela. Le droit pénal n'est pas qu'une simple réaction à une atteinte portée aux valeurs. Après tout, que signifie le fait de tenir une valeur pour sacrée? Cela signifie plusieurs choses: que nous agissons de certaines façons, que nous conformons notre conduite à cette valeur, que nous louons ceux qui, en dépit de certaines tentations, persistent dans le respect de celle-ci, et que nous condamnons ceux qui lui portent atteinte. Ainsi, si nous croyons vraiment que le meurtre est à proscrire, mais qu'un de nos concitoyens en tue un autre, nous nous devons de faire quelque chose parce qu'il nous faut *démontrer clairement* que nous tenons à nos convictions. Et cette démonstration se fait précisément par la mise en accusation, le procès, la déclaration de culpabilité et le châtiment du meurtrier. Tout comme les médailles d'honneur, les récompenses et les canonisations servent à exprimer officiellement notre respect à l'égard d'un comportement exceptionnellement méritoire, le droit pénal nous permet d'exprimer officiellement notre réprobation à l'égard d'un comportement exceptionnellement mauvais.

Il y a également un autre aspect à la question. Ces valeurs auxquelles nous croyons, il nous faut les apprendre et les réapprendre sans cesse; elles doivent nous être inculquées. S'il est souhaitable que nos familles, nos écoles et nos églises assument cette tâche, il est une autre institution dont le rôle s'avère à cet égard de plus en plus important, dans la mesure où la famille, l'école et l'église abdiquent leur fonction d'éducation; il s'agit du droit pénal. Comme le disait Morton avec beaucoup d'à-propos, le procès pénal constitue une dramatisation de la morale par laquelle il répète la leçon voulant que le meurtre, le viol, le vol et ainsi de suite doivent être mis au ban de la société. Cet enseignement contribue à *enraciner* les valeurs menacées par le criminel.

Le droit pénal a aussi un autre objectif, celui de nous *rassurer*. Il y parvient en nous démontrant tout d'abord que justice a été faite. Supposons que la plupart d'entre nous s'abstiennent de toute violence et de toute malhonnêteté, mais qu'une ou deux

personnes s'adonnent au meurtre et au vol et que rien ne leur arrive; nous aurons alors l'impression que la vie est injuste. Bien sûr, la vie n'est jamais absolument juste, bien que nous nous efforcions de minimiser l'injustice. Nous voulons une société aussi juste que possible. Le droit pénal constitue un moyen de satisfaire ce désir. En traduisant les malfaiteurs en justice, il tente de voir à ce que justice soit rendue. Et cette activité, à laquelle nous sommes tout à fait justifiés de nous livrer, possède plusieurs traits de ressemblance avec un des objectifs du droit pénal, en l'occurrence le châtement.

Cependant, mis à part le motif relatif à la justice, le besoin de nous rassurer se fait sentir d'une autre façon. Si la majorité d'entre nous s'abstiennent de recourir à la violence et à la malhonnêteté, même lorsque cela nous désavantage, et qu'une ou deux personnes s'adonnent impunément au meurtre et au vol, alors la plupart d'entre nous deviendront cyniques et désillusionnés: nous aurons l'impression d'avoir été «les dindons de la farce». De plus, le risque est grand que nous nous fassions justice à nous-mêmes. C'en sera fait de la paix et de l'ordre social. Aussi avons-nous besoin du droit pénal.

Notre conclusion relative aux objectifs du droit pénal est donc la suivante. S'il est vrai que le droit pénal constitue un instrument de protection contre le préjudice découlant de certaines conduites, il assume un rôle beaucoup plus important, celui d'appuyer les valeurs sociales, de les étayer, de les inculquer, et aussi de les promouvoir. Pour tenter d'atteindre l'objectif relatif à la protection contre le dommage, il a recours à la dissuasion, à la réadaptation sociale et à la prévention, cette dernière s'avérant la plus efficace des trois. Pour affirmer les valeurs auxquelles croit une société, il utilise la technique de dramatisation de la morale par le biais de laquelle il rassure, éduque et oppose une nécessaire réaction à la menace ou à l'atteinte portée aux valeurs. Il va donc de soi que la mise en branle du droit pénal peut se justifier uniquement à l'encontre de conduites qui occasionnent un préjudice ou menacent des valeurs.

Les confins du droit pénal

En termes concrets, jusqu'à quel point est-il raisonnable d'utiliser le droit pénal à l'égard de tout acte qui cause un dommage ou lèse nos valeurs? Revenons par exemple à ce phénomène type qu'est l'obscénité. Dans quelle mesure justifie-t-il le recours au droit pénal? Même si l'obscénité choque, cause du tort et menace certaines de nos valeurs, avons-nous vraiment besoin de mettre en branle tout l'appareil pénal?

Nous avons déjà parlé du coût inhérent au droit pénal. Le coupable qu'on punit et le citoyen à qui on interdit l'acte prohibé en font tous deux les frais. D'abord leur liberté en est taxée. Évidemment si le mal inhérent à l'acte en question possède sans contredit un caractère de gravité, comme c'est le cas pour le meurtre, cette perte de liberté ne nous inquiète guère. Comme le juge Holmes l'a si bien dit: [TRADUCTION] «Votre liberté de tendre le poing s'arrête juste au moment où il pourrait atteindre mon menton». Par contre, moins l'acte est grave, plus la perte de liberté nous préoccupe. C'est sans doute là une des raisons pour lesquelles le droit pénal ne devrait pas prohiber les actes qui n'ont aucun caractère répréhensible et, qui sait, une des raisons pour lesquelles il ne réprime pas certains actes immoraux.

Au Canada, comme dans plusieurs pays, une conduite peut fort bien être mauvaise sans pour autant être criminelle. Nous revenons toujours à l'illustration que nous en fournissent la fornication, l'homosexualité et le lesbianisme. Mais ce sont là de piètres exemples, car il n'y a pas d'unanimité pour déclarer ces comporte-

ments répréhensibles. De toute façon, il existe de bien meilleurs exemples de conduites qui sont mauvaises sans être criminelles. Il en vient immédiatement deux à l'esprit: *le mensonge et la violation des promesses*.

Il est nettement répréhensible de commettre un mensonge grave, lorsqu'on ne peut invoquer aucune justification ni aucune excuse. Le mensonge est mauvais parce qu'il milite contre le respect de la vérité, valeur qui, nous l'avons vu, est nécessaire à la société. Pourquoi alors n'a-t-on pas érigé le mensonge au rang de crime? On l'a fait mais dans certaines circonstances seulement: (1) lorsque le mensonge équivaut à de la fraude et (2) lorsqu'il équivaut à un parjure. Sauf les cas où il y a risque de perte monétaire ou de déni de justice, les menteurs ne subissent que les rigueurs propres au contrôle social.

Il en est de même pour la violation des promesses; il s'agit toujours d'un mal. Nous parlons toujours, répétons-le, d'un manquement grave à une promesse pour lequel il n'existe aucun facteur justificatif ni excuse possibles. Cet acte est mauvais parce qu'il milite contre cette coutume sociale très utile qui consiste à faire des promesses. Sauf s'il s'agit d'une tromperie à dimension frauduleuse, on n'en a généralement pas fait un crime. Au mieux, celui qui manque à sa promesse peut être l'objet d'une poursuite civile pour bris de contrat. Et lorsqu'il ne peut même pas être tenu responsable en vertu d'un contrat, il est lui aussi exposé aux sanctions officielles de la réprobation sociale.

La première raison pour laquelle nous refusons de recourir au droit pénal dans ces deux cas, c'est la perte de liberté qui en résulterait. Il pourrait s'avérer que le prix à payer soit trop élevé. En outre, deux autres facteurs entrent en ligne de compte. D'abord le mensonge et la violation de promesses chapeautent une gamme très vaste de comportements qui vont des plus graves aux plus insignifiants. Or nous ne voudrions pas, pour chaque petit mensonge et chaque violation de promesse de peu d'importance, mettre en branle tout l'appareillage pénal avec ses policiers, ses procureurs, ses juges et ses gardiens de prison. Il y a un autre facteur à considérer. Le recours au droit pénal ne constitue pas le seul moyen de promouvoir la vérité, la franchise, le sens de l'honneur et le respect de la parole donnée. Il existe d'autres sanctions

sociales officieuses dont l'efficacité est peut-être supérieure à celle du droit pénal.

Il faut également tenir compte des coûts financiers. Nous n'avons tout simplement pas les moyens de recourir pour chaque peccadille à ce rouleau compresseur qu'est la justice pénale. Les mesures pénales sont draconiennes et coûteuses, et il vaut mieux s'en servir pour des objectifs à portée plus vaste, les cas où il existe un «danger certain et imminent», ceux où le prix en vaut la chandelle.

A la lumière de ce qui vient d'être dit, vaut-il la peine de recourir au droit pénal contre l'obscénité? Il est certain que l'obscénité ne constituera jamais pour le droit pénal un sujet aussi vital que le meurtre par exemple, ou le viol, ou le vol avec violence. Par contre, il est tout aussi évident que l'obscénité n'est pas dénudée de toute importance. L'étalage public de l'obscénité est sans contredit un problème sérieux; il ennuie, il dégoûte et il choque. A ce titre, il lui revient de prendre sa place aux côtés des autres formes de nuisances publiques: le tapage, les odeurs nauséabondes etc. Sans pouvoir se comparer au meurtre ou au vol, celles-ci rendent quand même la vie moins supportable; c'est pourquoi nous invoquons le droit pénal dans une certaine limite pour les réprimer. La société croit que cela vaut la peine, et il se peut qu'il en soit également ainsi pour l'étalage en public de matières obscènes, ce qu'on pourrait appeler la consommation involontaire d'obscénité.

Mais que faire de la consommation privée ou volontaire d'obscénité? Le dramaturge N. F. Simpson a dit ce qui suit: «Un problème laissé à lui-même se résorbe ou empire. Il suffit de le féconder d'une solution pour qu'il se multiplie à la douzaine». Quels problèmes ferons-nous éclore en tentant d'apporter une solution de droit pénal à la consommation volontaire d'obscénité?

Tout d'abord, pour empêcher une personne de satisfaire privé-ment ses besoins d'obscénité, il faudrait faire appel à la police qui violerait son intimité et sa liberté. Ce faisant, nous porterions nous-mêmes atteinte aux valeurs que nous désirons protéger en proscrivant l'obscénité. Dans le but de promouvoir la liberté, l'intimité et la dignité humaine, nous violerions de fait l'intimité, la dignité et la liberté du contrevenant: sa liberté de parole et d'expression, sa

liberté de faire sa vie comme il l'entend, ainsi que sa liberté d'être dans sa propre maison à l'abri des interventions des autorités.

On pourrait répondre, sans pécher contre la logique, que l'obscénité constitue une telle menace à l'endroit de ces valeurs et à l'égard du principe de non-violence, qu'elle justifie la violation de la liberté et de l'intimité. D'aucuns prétendront que le danger de voir la consommation volontaire d'obscénité engendrer la violence et donner lieu à des meurtres comme ceux de Manson, justifie clairement l'entrave aux libertés. Est-ce bien vrai? Ce risque est-il si réel et si évident? Est-il évident au point que nous soyons disposés à encourir un autre danger, celui de voir les portes de nos demeures céder devant le soupçon et s'ouvrir toutes grandes à la fouille, la perquisition et la saisie? Évident au point de nous amener à affecter à sa répression des ressources financières et humaines, et de les retirer de la lutte contre le meurtre, le viol et le vol avec violence? Est-ce là le genre de société que nous désirons?

Cependant l'art de la politique – et, en dernière analyse, le droit n'en est qu'une ramification, – constitue l'art du possible, l'art du pratique. Est-il vraiment pratique de recourir au droit pénal pour contrer la consommation volontaire d'obscénité, pour la seule raison qu'il existe un conflit entre l'obscénité et notre tabou à l'égard de la violence? Non pas qu'il n'y ait aucune raison de recourir à la loi pour réprimer cette catégorie d'obscénité. Bien au contraire. Ne serait-il pas dans le meilleur intérêt de l'amateur d'obscénité de le protéger contre lui-même par le biais de la loi?

On peut se demander s'il est acceptable de protéger quelqu'un contre lui-même. Nous croyons que si. Une personne peut se blesser par ignorance, par erreur ou par méprise. Il est certes justifiable de l'empêcher de boire un liquide qu'elle ne sait pas être empoisonné; elle souhaiterait sans aucun doute que nous le fassions. Ou encore, une personne pourrait se faire du tort à cause d'une faiblesse de volonté ou d'une perte de maîtrise personnelle: on est certes justifié de l'empêcher de boire de l'alcool méthylique qui pourrait la rendre aveugle; elle nous en remercierait sûrement après coup. Dans ces deux cas, la personne que nous protégeons contre elle-même donnera généralement priorité, non pas au moment où elle est protégée mais plus tard, à son bien-être futur plutôt qu'à une préférence du moment.

Mais qu'arrive-t-il si elle préfère un moment de béatitude à toute une vie de bien-être? Évidemment, peut-être ne réalise-t-elle pas clairement tout ce qui est en jeu. Il se peut que pour l'instant ses priorités soient faussées, et qu'elle en vienne seulement plus tard à voir les choses comme nous. Mais s'il s'agissait non pas d'une erreur passagère mais d'une volonté bien assise et sereine? Supposons qu'elle accorde plus d'importance à un moment d'extase qu'à une longue et saine vie? Elle ne fait que marcher à contre-pas, voilà tout. «Si un homme ne marche pas de pair avec ses compagnons», disait Thoreau, «peut-être n'entend-il pas le même tambour. Laissons-le marcher au rythme de la musique qu'il entend, qu'il soit ou non en cadence». Autres gens, autres préférences. En dernière analyse, chacun doit choisir ses propres priorités; personne d'autre ne devrait les choisir à sa place.

Bien sûr tel n'est pas le cas des enfants; ceux-ci posent un problème particulier. C'est à bon droit que pour leur bien, nous empêchons les bambins de jouer avec le feu. Ne pourrait-on tenir le même raisonnement à propos de l'obscénité? Car même si, en dernière analyse, on doit choisir ses propres priorités et s'engager comme on le désire, encore faut-il posséder assez de maturité pour ce faire. Les enfants n'ont pas encore atteint ce degré de maturité et en les exposant à l'obscénité, on risquerait peut-être de les empêcher de l'atteindre un jour. Le libre choix doit être protégé de toute influence susceptible de l'entraver. Un lavage de cerveau précoce orienté vers certaines croyances risque d'éliminer toute possibilité d'un futur engagement religieux libre et total; une expérience prématurée des stupéfiants risque d'empêcher un individu de choisir librement son mode de vie, une fois la maturité atteinte; une exposition prématurée à l'obscénité risque d'hypothéquer les options prises à l'âge adulte. Dans ce sens une forme restreinte de paternalisme n'est pas en conflit avec la liberté individuelle; de fait, elle contribue à l'étayer.

Un paternalisme tous azimuts est une autre histoire. Traiter les enfants en enfants, c'est une chose, traiter les adultes en enfants, c'est une tout autre chose. Sur ce point, nous sommes d'accord avec John Stuart Mill lorsqu'il prétend que le bien-être physique ou moral d'un homme ne constitue pas un motif suffisant d'exercer un pouvoir sur lui contre sa volonté. Montesquieu n'a-t-il

pas dit: «Lorsqu'on veut changer les mœurs et les manières, il ne faut pas les changer par les lois»?

Mais n'existe-t-il pas une autre justification à l'utilisation du droit pénal pour réprimer la consommation volontaire d'obscénité, en l'occurrence la volonté d'enrayer une dégradation générale au niveau des valeurs?

Comme nous l'avons vu précédemment, il n'est pas impossible que le foisonnement de l'obscénité puisse provoquer un déclin de l'ensemble des valeurs. Cette hypothèse contribue à légitimer le recours aux lois pour proscrire l'étalage public de l'obscénité et l'expérience qu'en feraient certaines gens contre leur gré, de même que la distribution de matières obscènes aux enfants. Peut-on y voir également une raison valable de proscrire la consommation volontaire et privée d'obscénité?

Ce problème nous ramène à la conception qui fait des valeurs et de la morale communes la clef de voûte de la société. Ces valeurs sont si importantes qu'il nous faut les protéger. Un jour Devlin a même dit que les actes qui portent atteinte à ces valeurs et par conséquent les menacent, sont des actes qui frisent la trahison.

Cette analogie s'enracine dans l'hypothèse voulant que la société a le droit de se protéger du changement et de la dissolution. Cependant une société a-t-elle le droit d'utiliser le droit pénal pour résister à tout changement? Si elle peut l'utiliser pour combattre la trahison, pourquoi ne pourrait-elle pas se servir de la même arme pour combattre un changement qui est le fruit d'un déclin des valeurs socio-morales?

Pourquoi une société peut-elle se permettre d'employer les contraintes du droit pénal pour réprimer la trahison? Le recours à la force pour renverser le gouvernement ou la constitution constitue un bon exemple de trahison. Qu'est-ce qui en fait un crime? Après tout, le changement apporté par un nouveau gouvernement ou une nouvelle constitution pourrait s'avérer tout à fait positif. Même au Canada la constitution n'est pas parfaite; si elle l'était, pourquoi tiendrait-on des conférences dans le but de la modifier? D'un autre côté, la nouvelle constitution pourrait être pire que la première, ou tout au moins c'est l'opinion que pourraient avoir

plusieurs personnes à son sujet. Or celles-ci n'auraient, bien entendu, jamais été consultées.

Il y a donc une différence morale évidente entre le changement de gouvernement ou de constitution par la force, et leur modification par des moyens pacifiques, i.e. en persuadant la société elle-même de changer ses institutions. Une attaque violente menée contre ces institutions constitue donc à juste titre un crime, alors qu'une tentative pacifique d'amener un changement politique n'en constitue pas. «Il faut combattre le feu par le feu», affirme un vieux principe du common law. On est donc justifié de répondre aux attaques violentes par la force, par la rigueur du droit pénal. La seule réponse légitime à un plaidoyer pacifique en faveur du changement consiste dans un argument contraire préconisant le statu quo*. La société a donc le droit d'utiliser le droit pénal dans le but d'empêcher qu'on la *force à changer*, mais non dans le but de s'empêcher de *changer*; c'est la force et non le changement que vise à réprimer le droit pénal.

En quoi toutes ces considérations éclairent-elles le problème du droit qu'a la société d'utiliser le droit pénal pour enrayer le déclin des valeurs morales? Si de fait, l'obscénité est cause d'une dégradation sociale provenant de la transformation des valeurs morales, s'agit-il là d'une évolution pacifique ou d'une évolution forcée? A notre avis, on peut répondre à la fois: ni l'une ni l'autre et l'une et l'autre. Ce n'est pas par la force que nos valeurs morales évoluent; en fait, il est difficile de concevoir comment cela pourrait se faire. Et pourtant on ne nous invite pas à les modifier. Après tout, l'étalage public de l'obscénité empiète sur des valeurs que chérissent plusieurs d'entre nous et, à moins de renoncer à notre droit de fréquenter les endroits publics, nous oblige à voir et à nous habituer à voir des choses obscènes. Il peut en découler une diminution de notre sensibilité et une érosion de nos valeurs actuelles. C'est dans ce sens que la société a le droit de s'opposer à l'obscénité par le biais du droit pénal. Mais si le spectateur a le choix et qu'il l'exerce librement, la société est beaucoup moins justifiée de recourir au droit pénal car dans ce cas, l'individu

* Notre droit oppose parfois la contrainte de la loi à de simples mots: l'incitation au crime et la propagande haineuse constituent des actes criminels, mais ni l'une ni l'autre ne préconise un simple changement pacifique.

modifie lui-même ses valeurs. C'est d'ailleurs là un autre aspect de l'argument voulant qu'il soit préférable de laisser l'adulte qui le désire libre de choisir l'obscénité.

Que faire si cette consommation volontaire d'obscénité affaiblissait les valeurs de la société dans son ensemble? Cela la justifierait-elle d'invoquer le droit pénal? Tout dépend de l'importance du risque qui en découlerait pour les valeurs essentielles. Si on prouvait de façon incontestable que la consommation individuelle de pornographie sapait de façon décisive le principe de non-violence, il conviendrait alors de contrer cette consommation par le biais du droit pénal. Mais nous n'en sommes pas encore là. Sans nier qu'elle puisse exister, nous croyons que la menace au principe de non-violence est hypothétique et bien difficile à mesurer. L'existence d'un danger précis et réel n'a pas encore été démontrée.

Une autre raison milite à l'encontre du recours aux mesures pénales pour réprimer la consommation privée d'obscénité par les adultes. Elle tient au risque d'en accroître la rentabilité. Le fruit défendu, même s'il n'est pas meilleur, est toujours plus alléchant. La pénalisation de l'obscénité la rend plus coûteuse pour le consommateur et plus profitable pour le distributeur. Il se pourrait que les grands perdants de sa légalisation soient précisément ceux qui en font le commerce. A preuve, le Danemark!

Enfin, une dernière raison. La répression de l'obscénité ne sert peut-être qu'à voiler le véritable problème. Par analogie, ne pourrait-on dire qu'en touchant au problème de l'usage non médical des drogues, le droit pénal ne s'est pas attaqué au véritable problème qui se situerait plutôt au niveau de l'usage général des drogues dans la société «chimique» d'aujourd'hui? Il en est de même pour l'obscénité. Le droit se préoccupe de «l'exploitation induite des choses sexuelles», mais le véritable problème n'est-il pas d'un autre ordre? Ne réside-t-il pas dans les réticences qu'a notre société à traiter ouvertement et franchement des questions sexuelles? Le sexe n'est pas qu'une pulsion humaine de base; il exige également beaucoup de maturité.

L'obscénité représente justement l'immaturité. Elle contre-carre le développement personnel. Au mieux, tout comme dans

une farce grivoise ou une carte postale ordurière reflète-t-elle, comme l'a souligné Orwell, un genre de révolte mentale contre une conspiration prétendant que la nature humaine n'a aucun côté bas et ignoble. Au pire, comme le disait D. H. Lawrence, elle constitue une tentative «de faire insulte au sexe, de lui faire des saloperies». Ni l'obscénité ni les lois qui s'y rapportent, ne contribuent à inculquer une conception plus adulte de la sexualité.

Le véritable rôle du droit pénal

En fin de compte l'obscénité devrait-elle constituer un crime? Selon nous, oui et non. L'étalage public de l'obscénité, à l'instar de toute autre nuisance publique blessante, peut à bon droit être assujettie au droit pénal. La consommation privée d'obscénité qui, somme toute, ne cause que peu ou pas de mal et ne constitue pas une menace importante, ne devrait pas l'être. Cela ne signifie toutefois pas qu'elle ne peut pas tomber sous le coup d'autres types de lois.

Le droit pénal, ne l'oublions pas, ne constitue qu'une arme dans tout l'arsenal des lois. La réglementation administrative, les lois douanières, la réglementation sur le zonage et enfin les lois fiscales présentent autant de solutions de rechange. Il vaut peut-être mieux décider par contrôle administratif ce qui doit et ne doit pas être publié; cette technique semble particulièrement appropriée pour la télévision et la radio. De plus, dans la mesure où l'industrie de la pornographie n'est pas du pays, la réglementation douanière constitue une façon logique de s'occuper du problème. Ou, si on accepte qu'un certain degré d'obscénité s'est installé chez nous à demeure, ne serait-il pas plus raisonnable de passer par les règlements de zonage pour la confiner à certains quartiers et l'exclure du reste du territoire? Ou enfin si, à l'instar de l'alcool, l'obscénité est entrée définitivement dans les mœurs, pourquoi ne pas utiliser les lois à deux fins bien précises: pour accaparer une partie des profits excessifs de cette industrie et du même coup, la décourager dans une certaine mesure d'exercer ses activités?

Ces questions ne sont pas du ressort du présent document de travail. Jusqu'à quel point peut-on le mieux atteindre les objectifs que nous nous sommes fixés par l'utilisation des techniques de droit pénal ou de droit civil; dans quelle mesure l'application du droit pénal à l'obscénité doit-elle tenir compte des diverses normes locales de tolérance; jusqu'à quel point faut-il conserver ou remplacer la définition actuelle de l'obscénité; où doit-on précisément tirer la ligne entre ce qui est public et ce qui est privé: voilà autant de questions qui nécessiteront des études juridiques et empiriques beaucoup plus détaillées que celle qui fait l'objet de la présente recherche. Celle-ci ne met l'accent sur l'obscénité que pour servir d'illustration au problème général du domaine et de l'étendue réels du droit pénal. Ce travail cherche plutôt à cerner les véritables buts ou objectifs du droit pénal à travers le phénomène de l'obscénité.

Ceci dit, quels objectifs sommes-nous en mesure de justifier en ce qui a trait à l'obscénité? Comme nous l'avons dit, l'étalage public de l'obscénité peut à juste titre constituer un crime. Celui-ci demeurerait donc une infraction. En termes concrets, cela signifie que l'on continuerait à interdire l'exposition publique d'affiches, d'annonces publicitaires et de revues sordides. Cela imposerait également des restrictions au contenu des émissions de radio et de télévision.

La consommation privée d'obscénité peut aussi à bon droit constituer un crime lorsqu'elle s'adresse aux enfants, comme nous l'avons souligné. Pour citer un exemple, la loi continuerait de prohiber les projecteurs stéréoscopiques d'Ottawa dont nous avons parlé précédemment. Bien sûr cela ne signifie pas que les enfants seraient parfaitement à l'abri des matières obscènes. Ils réussiraient à s'en procurer, tout comme ils peuvent se procurer des cigarettes, de l'alcool et tout ce contre quoi nous tentons de les mettre en garde. Le fait de conserver le droit pénal peut encore produire certains effets. Il peut au moins servir à interdire l'intérieur des salles de classe à l'obscénité et à la restreindre aux terrains de récréation, ce qui aurait deux conséquences: contribuer à limiter la quantité d'obscénité accessible aux enfants, et étayer l'opinion générale à l'effet que l'obscénité n'est pas destinée à la consommation publique.

A part cette exception, la consommation privée d'obscénité ne devrait plus à notre avis être réprimée. Dans ce contexte, on ne saurait invoquer le droit pénal pour protéger l'individu et la société contre eux-mêmes. L'individu devrait être libre de choisir son propre mode de vie et la société devrait être libre de se modifier. En termes concrets, cela entraînerait un changement considérable d'orientation par la dépénalisation d'une grande partie de l'obscénité présentement réprimée. Ainsi la loi tolérerait les magasins de pornographie, les images et les films pornographiques, pourvu qu'ils comportent la mention expresse «pour adultes seulement».

D'un autre côté, le fait de dépénaliser l'obscénité, de la «légaliser» comme on le dit parfois, n'irait pas jusqu'à faire preuve d'indulgence à son endroit. Une maxime de Chamfort exprime bien cette réalité. «Il est plus facile de légaliser certaines choses que de les légitimer». La consommation volontaire d'obscénité pourrait conserver son caractère répréhensible en droit civil. Par exemple, un contrat relatif à l'exposition de matières obscènes pour fins de consommation privée serait toujours contraire à l'ordre public, et partant illégal. De plus, la consommation volontaire d'obscénité pourrait toujours être l'objet de sanctions à caractère moins formel. En plus d'être souvent plus efficaces, celles-ci sont moins onéreuses que les sanctions pénales et ce, à plus d'un titre.

Bref, il faut toujours se rappeler la rançon qui se rattache au droit pénal: souffrances, perte de liberté et coût d'ordre financier. Cette rançon contribue à préciser les tenants et aboutissants d'une utilisation rationnelle du droit pénal. Les actes accompagnés de violence, ceux qui provoquent la terreur ou de grandes afflications ressortissent nettement à cette branche du droit. Il peut également en être ainsi de l'obscénité lorsqu'elle est vraiment blessante et constitue une source de désagrément sérieux, en raison de l'atteinte qu'elle porte aux valeurs fondamentales. Or c'est précisément le rôle du droit pénal de réprimer des actes qui menacent ou qui transgressent des valeurs essentielles, ou tout au moins importantes.

En limitant le droit pénal à ce genre d'actes, peut-être serons-nous en mesure d'espérer que, dans un monde où on n'a rien pour rien, nous en aurons quand même un peu pour notre argent.

